最高法院刑事判決

115年度台上字第3116號

上　訴　人　劉祉霆

選任辯護人　曾逸豪律師
　　翁瑞麟律師
　　涂鳳涓律師

上列上訴人因違反兒童及少年性剝削防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國115年2月25日第二審判決（114年度侵上訴字第327號，起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署114年度偵續字第5號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、原判決以第一審判決所認定上訴人劉祉霆有如第一審犯罪事實及理由欄所引用起訴書犯罪事實欄所載犯行，以及所犯罪名，因而維持第一審關於所處之刑部分之判決，駁回上訴人明示僅就量刑一部在第二審之上訴。已詳細敘述第一審判決之量刑，並無違誤，應予維持之理由

三、上訴意旨略以：上訴人所犯數罪，經分別起訴、判決，致產生2件以上判決，而與刑法第74條第1項第1款緩刑規定不符，形成得否宣告緩刑之差別待遇，不符緩刑制度之目的，而有違反憲法平等原則等疑慮，有憲法法庭111年憲裁字第2

18號裁定不同意見書可參。原判決以上訴人曾因故意犯罪經判處之有期徒刑為由，因認不符宣告緩刑規定，有適用法則不當之違誤。

四、經查：

法院就所適用之法律，若無合理確信認有牴觸憲法之疑義，基於法秩序之安定性及權力分立民主憲政原則之尊重，自應做法律合憲性解釋。

又刑法第74條第1項第1款「未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者」、第2款「前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，5年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者」之規定，作為緩刑宣告之消極要件，並未經立法修正或廢止，憲法法庭判決亦未宣告違憲、失效，為合憲有效之法律。又憲法法庭111年憲裁字第218號裁定，關於以犯罪於起訴前之相同時間或相當期間內被發覺，然具體個案在犯罪調查及訴訟程序過程中，因承辦案件之公務員個人因素，或刑事訴訟法及其他程序規定，致案件前後繫屬於法院刑事庭，而由法院以2件以上之訴為審理和判決，此時被告因而在客觀上無適用前述緩刑規定之機會，造成相同條件之不同被告，非因其個人之因素致有二件以上之判決者，即無法符合未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告的緩刑形式要件，此差異不符合實質平等之事物本質，違反憲法所明文之平等權、公平審判權和訴訟權為由，聲請宣告刑法第74條第1項第1款規定違憲一情，業以不符合程式而駁回聲請在案。而原判決已敘明：上訴人前因另犯妨害性自主案件，經第一審法院113年度軍侵訴字第3號判決判處有期徒刑6月，並宣告緩刑2年(下稱前案)，於民國113年5月16日確定等節，有「法院前案紀錄表」在卷可稽。本件上訴人所受之宣告刑，不符刑法第74條第1項所規定得宣告緩刑之要件，無從為緩刑之宣告等旨（見原判決第3頁），於法尚無不合。至上訴意旨所執憲法法庭111年憲裁字第218號裁定之不同意見書略謂，刑法第74條第1項之規定有牴觸憲法平等

原則等疑慮一節，不能據以逕指原判決違法。上訴意旨執以指摘：原判決有適用法則不當之違法云云，尚屬誤解，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。揆諸首揭規定及說明，本件上訴為違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　3　　日

刑事第三庭審判長法　官　李錦樑

法　官　蘇素娥

法　官　吳秋宏

法　官　吳麗英

法　官　周政達

本件正本證明與原本無異

書記官　吳怡靜

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　7　　日